

University of Groningen

## De fabel van het gratis mobieltje

Pavillon, Charlotte; Wildenbeest, Thomas; Huppes, Nicolaas

*Published in:*  
 Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Pavillon, C., Wildenbeest, T., & Huppes, N. (2019). De fabel van het gratis mobieltje. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2019(2), 20-32. [NTBR 2019/5].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# De fabel van het gratis mobieltje

NTBR 2019/5

**Bij 'all-in' abonnementen worden belbundels en een telefoon geleverd tegen betaling van één totaalprijs per maand. In het *Lindorff/Nazier* arrest uit 2016 (*Mobieltjes II*) oordeelt de Hoge Raad dat artikel 7A:1576 lid 2 BW en artikel 7:61 BW vereisen dat de prijs van de telefoon afzonderlijk wordt vermeld en dat een 'all-in' prijs niet aan deze eis voldoet. Het toesteldeel van een 'all-in' abonnement is daarom 'niet van kracht' (artikel 7A:1576 lid 2 BW) of vernietigbaar (artikel 7:61 lid 2 BW jo. artikel 3:40 lid 2 BW). In deze bijdrage wordt gesignaleerd dat het oordeel dat het toesteldeel niet 'van kracht' is, omdat een 'all-in' prijs niet voldoet aan artikel 7A:1576 lid 2 BW, onverenigbaar is met het oordeel dat bij dit toesteldeel tevens sprake is van een kredietovereenkomst in de zin van artikel 7:57 lid 1 onder c BW. Deze constatering staat aan onverkorte toepassing van *Mobieltjes II* in de weg.**

## 1. Inleiding

Bij 'all-in' abonnementen worden belbundels en een telefoon geleverd tegen betaling van één totaalprijs per maand. In het *Lindorff/Statia* arrest<sup>2</sup> uit 2014 (*Mobieltjes I*) oordeelt de Hoge Raad dat dit abonnement wat betreft de verstrekte telefoon wordt aangemerkt als een overeenkomst van koop op afbetaling in de zin van artikel 7A:1576 lid 1 BW en tevens als een kredietovereenkomst onder de Wet op het consumentenkrediet (Titel 7.2a BW). Het *Lindorff/Nazier* arrest<sup>3</sup> uit 2016 (*Mobieltjes II*) gaat in op de gevolgen van deze kwalificatie. De Hoge Raad oordeelt dat artikel 7A:1576 lid 2 BW en artikel 7:61 BW vereisen dat de prijs van de telefoon afzonderlijk wordt vermeld en dat een 'all-in' prijs niet aan deze eis voldoet. Het toesteldeel van een 'all-in' abonnement is daarom 'niet van kracht' (artikel 7A:1576 lid 2 BW) of vernietigbaar (artikel 7:61 lid 2 BW jo. artikel 3:40 lid 2 BW).

In deze bijdrage wordt gesignaleerd dat het oordeel dat het toesteldeel niet 'van kracht' is, omdat een 'all-in' prijs niet voldoet aan artikel 7A:1576 lid 2 BW, onverenigbaar is met het oordeel dat bij dit toesteldeel tevens sprake is van een kredietovereenkomst in de zin van artikel 7:57 lid 1 onder c

BW. Deze constatering staat aan onverkorte toepassing van *Mobieltjes II* in de weg.

In par. 2 volgt een korte bespreking van *Mobieltjes II*. In par. 3 wordt toegelicht dat letterlijke toepassing van het arrest onmogelijk is en dat een keuze moet worden gemaakt uit drie opties: i) het toesteldeel voldoet *niet* aan artikel 7A:1576 lid 2 BW en dit wordt gesanctioneerd met vernietigbaarheid (de koop op afbetaling en kredietovereenkomst zijn tot stand gekomen); ii) het toesteldeel voldoet *niet* aan artikel 7A:1576 lid 2 BW en dit wordt gesanctioneerd met nietigheid *ab initio* (er is nooit een koop op afbetaling of kredietovereenkomst tot stand gekomen); of iii) het toesteldeel voldoet *wel* aan artikel 7A:1576 lid 2 BW (de koop op afbetaling en kredietovereenkomst zijn tot stand gekomen). In par. 4 wordt op grond van de historie van artikel 7A:1576 lid 2 BW betoogd dat de laatstgenoemde optie juist is: een 'all-in' prijs voldoet aan artikel 7A:1576 lid 2 BW. Tot slot behandelt par. 5 hoe in dat geval moet worden afgewikkeld.

De regeling van koop op afbetaling (artikel 7A:1576 e.v. BW) waarop *Mobieltjes II* ziet, is per 1 januari 2017 vervallen en in gewijzigde vorm opgenomen in titel 2b van boek 7 BW (artikel 7:84 e.v. BW). Deze bijdrage gaat uit van de voor de praktijk nog steeds relevante oude regeling.

## 2. De aanleiding en toepassing van *Mobieltjes I en II*

### 2.1 'All-in' en 'split-model'

Onder een 'all-in' abonnement levert de aanbieder bel- en datategoed (maandbundels) en een telefoon. De klant betaalt gedurende de looptijd één 'all-in' bedrag per maand. Bijvoorbeeld:

Product: 24 maandbundels en een iPhone van € 600.  
Prijs: € 45 per maand.

Bij een 'split-model' abonnement worden de verplichtingen afzonderlijk gespecificeerd, bijvoorbeeld:

Product: 24 maandbundels en een iPhone van € 600.  
Prijs: € 20 per maand voor de maandbundels ('sim-only'); en  
€ 25 per maand voor de iPhone (€ 600 krediet).

In beide voorbeelden heeft de klant dezelfde betalingsverplichting en krijgt hij hetzelfde geleverd. Tussen de voorbeelden bestaan in twee situaties verschillen.

In de eerste plaats laten sommige klanten hun abonnement na afloop van de contractuele einddatum doorlopen. Bij een 'split-model' abonnement is de telefoon op dat moment af-

1 Citeerwijze: N. Huppes, C.M.D.S. Pavillon & T.L. Wildenbeest, 'De fabel van het gratis mobieltje', *NTBR* 2019/5, afl. 2. Charlotte Pavillon is hoogleraar privaatrecht, i.h.b. consumentenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Nicolaas Huppes en Thomas Wildenbeest zijn als counsel respectievelijk advocaat verbonden aan advocatenkantoor FlexiEbel B.V. Nicolaas Huppes adviseert een van de telecomproviders, maar schrijft op persoonlijke titel.  
2 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (*Lindorff/Statia*).  
3 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, (*Lindorff BV/Nazier*), zie o.m. *JOR* 2016/127, m.nt. J.W.A. Biemans en J.M. van Poelgeest; *TvC* 2016, afl. 5, p. 236, m.nt. C.M.D.S. Pavillon; *NJ* 2017/282 m.nt. Jac. Hijma, alsook M.R. Hebly & I. Tillemans, 'De 'gratis' telefoon die niet gratis was ... en dat toch werd?', *MvV* 2016, p. 235-242.

gelost en betaalt de klant nog slechts voor de 'sim-only' (in het voorbeeld € 20 per maand). Bij 'all-in' abonnementen blijft de klant hetzelfde betalen (in het voorbeeld € 45 per maand). Blijft een 'all-in' abonnement na de einddatum doorlopen dan betaalt de klant in beginsel onverschuldigd voor de telefoon.<sup>4</sup> Deze situatie wordt in het vervolg niet verder uitgediept.

In de tweede plaats stoppen sommige klanten vóór de contractuele einddatum met betalen. Onduidelijkheid over welk bedrag de aanbieder van een 'all-in' abonnement in dat geval voor de telefoon kan vorderen, was aanleiding voor de *Mobieltjes*-arresten.

## 2.2 Telecomvorderingen tot Mobieltjes I

Als een klant in verzuim is met betaling, dan wordt het 'all-in' abonnement ontbonden. Aanvankelijk vorderden aanbieders vervolgens op grond van een beding in de algemene voorwaarden betaling van alle toekomstige maandtermijnen (in plaats van de 'normale' gevolgen van ontbinding: telefoon terug, wat daarvoor is betaald terug en schadevergoeding). Het eerste Rapport Ambtshalve toetsing<sup>5</sup> uit 2010 oordeelt dat dit vervroegde opeisbaarheidsbeding een onredelijk bezwarend boetebeding is, omdat de debiteur moet betalen voor diensten die hij niet geleverd krijgt. In het rapport wordt voorgesteld dat het beding wordt vernietigd en dat de aanbieder voor de resterende contracttermijn de volgende posten kan vorderen:

- 50% van de factuurwaarde van de niet geleverde maandbundels (gederfde winst); en
- 100% van het restant van de koopprijs van de telefoon.

Deze posten kunnen enkel exact worden berekend als de maandtermijnen in een bel- en toesteldeel zijn gesplitst (zoals het geval is bij een 'split-model' abonnement en juist niet bij een 'all-in' abonnement). Uit efficiëntie-overwegingen stelt de werkgroep als 'korte route' voor, dat aanbieders hun vordering 'grosso modo' mogen begroten door het totaal van de resterende maandtermijnen te vermenigvuldigen met 75%. Aldus konden aanbieders na ontbinding een geschatte koopprijs vorderen voor de 'gratis' telefoon bij het 'all-in' abonnement.

## 2.3 Mobieltjes I en II

Tegen deze achtergrond stelde de Rechtbank Den Haag<sup>6</sup> op grond van artikel 392 Rv prejudiciële vragen over de kwalificatie van het 'all-in' abonnement. In *Mobieltjes I* geeft de Hoge Raad antwoord op deze prejudiciële vragen. In *Mobieltjes II* geeft hij antwoord op vragen van diezelfde rechtbank<sup>7</sup> over de gevolgen van deze kwalificatie voor de afwikkeling van incassozaken. De belangrijkste overwegingen uit beide arresten zijn:

- Bij een 'all-in' abonnement ziet een deel van de maandtermijnen op betaling voor de telefoon. Het 'all-in' abonnement is daarom wat betreft het toestelgedeelte zowel een koop op afbetaling in de zin van artikel 7A:1576 lid 1 BW als een kredietovereenkomst in de zin van artikel 7:57 lid 1 onder c BW.
- De Hoge Raad dicht artikel 7A:1576 lid 2 BW en artikel 7:61 lid 2 BW eenzelfde consumentenbeschermende functie toe. Hij acht beide bepalingen geschonden en koppelt hieraan omwille van de hanteerbaarheid eenzelfde – door het Europees consumentenrecht ingeleurde – sanctie:<sup>8</sup>
  - Beide artikelen vereisen dat in de overeenkomst de door de consument te betalen koopprijs voor de telefoon afzonderlijk wordt bepaald. Aan die eis wordt niet voldaan met een totaalprijs zoals bij een 'all-in' abonnement en het toestelgedeelte is daarom 'niet van kracht' (artikel 7A:1576 lid 2 BW) of vernietigbaar (artikel 7:61 lid 2 BW).
  - Indien het toestelgedeelte van het 'all-in' abonnement niet van kracht is of is vernietigd, dan hebben partijen ten aanzien van de telefoon onverschuldigd gepresteerd. De aanbieder kan de telefoon terugvorderen en de klant hetgeen daarvoor is betaald. De afwikkeling van de nietige of vernietigde overeenkomst vormt een consumentvriendelijke toepassing van artikel 6:203 BW e.v. De klant is geen 'verbruiksvergoeding' verschuldigd (ook niet op grond van ongerechtvaardigde verrijking, artikel 6:278 BW of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid).

Met betrekking tot de voorgestelde afwikkeling bevat *Mobieltjes II* een belangrijke nuancerings:

"Vooropgesteld wordt dat zich in de praktijk velerlei feitelijke variaties kunnen voordoen (...). Daarom moet in het kader van de beantwoording van deze prejudiciële vraag volstaan worden met enkele hoofdlijnen."<sup>9</sup>

Een voorbeeld van een feitelijke variatie is de situatie waarin de debiteur het kennelijke oogmerk had om de facturen onbetaald te laten. In twee van dergelijke zaken oordeelde de kantonrechter dat de klant op grond van *Mobieltjes II* geen vergoeding voor de telefoon verschuldigd is. Hof Den Haag<sup>10</sup> en Hof 's-Hertogenbosch<sup>11</sup> oordelen anders. Hof Den Haag acht toepassing van de vereisten van koop op afbetaling en de regeling consumentenkrediet in deze omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Hof 's-Hertogenbosch oordeelt dat de klant in dit geval bij het sluiten van het 'all-in' abonnement rekening moest houden met een verplichting tot teruggave (lees: te kwader

4 Vgl. NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma, randnr. 10.

5 Rapport van de LOVCK werkgroep Ambtshalve toetsing, 17 februari 2010, p. 15.

6 Rb. Den Haag (locatie Delft) 13 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3529.

7 Rb. Den Haag 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875.

8 R.o. 3.11.2. Ook schakelt de Hoge Raad de regelingen gelijk wat betreft hun ambtshalve toepassing.

9 R.o. 3.14.

10 Hof Den Haag 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2465.

11 Hof 's-Hertogenbosch 21 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5034.

trouw was). In beide gevallen moest de klant de nieuwprijs van de telefoon vergoeden.

#### 2.4 Telefoonclaims

*Mobieltjes II* maakte een einde aan de door het LOVCK bepleite 'korte route' (hiervoor par. 2.2). In een incassoprocedure kan enkel betaling voor de telefoon worden gevorderd als daarvoor een prijs is bepaald en dat is bij een 'all-in' abonnement niet het geval.<sup>12</sup>

*Mobieltjes II* heeft echter ook buiten de incassopraktijk grote gevolgen. De Hoge Raad gaat weliswaar uit van een incassogeschied<sup>13</sup> maar zijn antwoorden impliceren dat elk 'all-in' abonnement nietig of vernietigbaar is. Elke klant met een 'all-in' abonnement zoals geschetst in par. 2.1, kan zich na betaling van de laatste termijn op het standpunt stellen dat het toesteldeel nietig of vernietigbaar is en dat hij daarom onverschuldigd € 600 voor de iPhone heeft betaald. Daartegenover staat slechts de verplichting om de oude telefoon terug te geven of de restwaarde te vergoeden. Inmiddels zijn dergelijke 'telefoonclaims' in vijf gepubliceerde vonnissen toegewezen.<sup>14</sup> Opmerkelijk is dat de "kwaadwillenden" uit de arresten van Hof Den Haag en Hof 's-Hertogenbosch<sup>15</sup> in hun opzet zouden zijn geslaagd als zij eerst hun maandtermijnen hadden betaald. Bij toewijzing van een telefoonclaim wordt de betalende klant immers in de situatie gebracht die de fraudeurs beoogden te bereiken: het verkrijgen van een telefoon zonder daarvoor te betalen.

### 3. De inconsistentie in *Mobieltjes II*

*Mobieltjes I* kwalificeert een 'all-in' abonnement wat betreft het toestel als een overeenkomst van koop op afbetaling én als een kredietovereenkomst en acht beide regelingen naast elkaar van toepassing op het toesteldeel. *Mobieltjes II* bevestigt dat een 'all-in' prijs zowel artikel 7A:1576 lid 2 BW als artikel 7:61 lid 2 onder e BW schendt. In deze paragraaf wordt betoogd dat dit oordeel inconsistent is als wordt aangenomen dat bij schending van artikel 7A:1576 lid 2 BW geen overeenkomst tot stand komt.

#### 3.1 Koop op afbetaling en artikel 7A:1576 lid 2 BW

De regeling van koop op afbetaling in artikel 7A:1576 e.v. BW ziet op het bij koop op afbetaling verleende krediet. De regeling stelt eisen aan de voorwaarden die verkoper mag bedingen voor dat krediet. Artikel 7A:1576 lid 1 en 2 BW bepalen:

12 Opmerking verdient dat de korte route was voorgesteld door de LOVCK-werkgroep van kantonrechters en dat het ongelukkig is dat een vanuit de rechterlijke macht voorgestelde aanpak van debiteuren later onrechtmatig blijkt te zijn.

13 Zie r.o. 3.1, de overwegingen over ambtshalve toetsing en de afwikkeling in r.o. 3.15.3.

14 Rb. Gelderland 22 november 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6199; Rb. Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9156; Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4938; Rb. Den Haag 3 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5186 en Rb. Amsterdam 25 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3613.

15 Hof Den Haag 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2465; Hof 's-Hertogenbosch 21 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5034.

1. Koop en verkoop op afbetaling is de koop en verkoop, waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen, waarvan twee of meer verschijnen, nadat de verkochte zaak aan de koper is afgeleverd.
2. De overeenkomst is niet van kracht voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald.

Voor een overeenkomst van koop op afbetaling is dus steeds vereist dat sprake is van een koop waarbij de koopprijs in minimaal twee termijnen na levering wordt betaald (lid 1) en dat de door de koper te betalen prijs is bepaald (lid 2). De regeling van koop op afbetaling is niet gebaseerd op een Europese richtlijn en ziet niet specifiek op consumentenbescherming.<sup>16</sup>

#### 3.2 Titel 7.2a en artikel 7:61 BW

Titel 7.2a BW implementeert onder meer de privaatrechtelijke bepalingen uit de Richtlijn consumentenkrediet (de richtlijn)<sup>17</sup> en ziet op de bescherming van de consument bij het aangaan van kredietovereenkomsten. De richtlijn is een maximum harmoniserende richtlijn. Dit houdt in dat de lidstaten de consumentkredietnemer geen extra bescherming mogen bieden binnen het door de richtlijn geharmoniseerde gebied.

Op grond van artikel 7:57 lid 1 onder c BW is elke vorm van uitstel van betaling, lening of soortgelijke betalingsfaciliteit aan een consument een kredietovereenkomst in de zin van titel 7.2a BW. Artikel 7:58 lid 2 BW laat titel 7.2a BW buiten toepassing bij een aantal specifieke kredietovereenkomsten zoals een 'zacht krediet' zonder rente of kosten (artikel 7:58 lid 2 onder e BW). Artikel 7:61 BW stelt bepaalde eisen aan kredietovereenkomsten, waaronder de eis dat in het geval van uitstel van betaling voor een goed, het betreffende goed en de contante prijs daarvan worden vermeld (artikel 7:61 lid 2 onder e BW).

Artikel 23 van de richtlijn vereist doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties op de schending van de aan kredietovereenkomsten gestelde eisen. Titel 7.2a BW zelf stelt behoudens het bepaalde in artikel 7:66 lid 1 onder b BW geen sanctie op de schending van artikel 7:61 BW, maar uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat de consument in voorkomend geval de keuze heeft tussen vernietiging van de kredietovereenkomst (artikel 3:40 lid 2 BW), schadevergoeding (artikel 6:74 BW) of ontbinding (artikel 6:265 BW).<sup>18</sup> De Hoge Raad kiest voor vernietiging.<sup>19</sup> Naast deze privaatrechtelijke bescherming houdt de AFM op grond van de Wft toezicht op aanbieders van consumentenkrediet, ongeacht of het hard of zacht krediet betreft.

16 Zie nader par. 4 voor een uitgebreide bespreking van de regeling koop op afbetaling.

17 Richtlijn 2008/48/EG van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG (PbEU L 133/66).

18 *Kamerstukken II* 2010/11, 32339, 3, p. 20 (*Mobieltjes II*, r.o. 3.7.2).

19 Zie nader par. 5.3.

### 3.3 Samenloop tussen koop op afbetaling en titel 7.2a BW

Koop is de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen (artikel 7:1 BW). Bij koop is de prijs verschuldigd bij aflevering (artikel 7:26 lid 2 BW). Als partijen afspreken dat koper pas na levering betaalt, dan vormt het verleende uitstel van betaling een krediet en is sprake van twee samenhangende overeenkomsten: i) een koopovereenkomst; en ii) een krediet. Op de koop zijn de algemene koopregels van toepassing, op het krediet kunnen de regels van koop op afbetaling en titel 7.2a BW van toepassing zijn.

De koop waarbij het verleende krediet in één termijn moet worden terugbetaald is een koop op krediet maar geen koop op afbetaling, daarvoor zijn immers minimaal twee termijnbetalingen na levering vereist (artikel 7A:1576 lid 1 BW). Is de koper een consument, dan is het krediet een kredietovereenkomst in de zin van titel 7.2a BW.

Mag de koper in twee of meer termijnen na levering betalen, dan zijn op het krediet de regels van koop op afbetaling van toepassing (artikel 7A:1576 e.v. BW). Is de koper een consument, dan is het krediet tevens een kredietovereenkomst onder titel 7.2a BW. De bepalingen uit de regeling van koop op afbetaling en de regels over consumentenkrediet zijn in dat geval conform artikel 6:215 BW naast elkaar van toepassing op het krediet (bijvoorbeeld inzake opeisbaarheid: artikel 7A:1576c BW en artikel 33 Wck, thans artikel 7:77 lid 1 onder c BW).

De vraag is wat artikel 7A:1576 lid 2 BW voor deze samenloop betekent. Stel dat een consumentenkoop in twee termijnen na levering wordt betaald, maar dat de te betalen prijs onvoldoende is bepaald in de zin van artikel 7A:1576 lid 2 BW, wat is dan de consequentie van het 'niet van kracht zijn' van de overeenkomst? Er zijn twee mogelijkheden:<sup>20</sup>

1. Is de prijs onvoldoende bepaald, dan is de koop op afbetaling vernietigbaar op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. De overeenkomst komt wel eerst tot stand.
2. Is de prijs onvoldoende bepaald, dan komt er geen overeenkomst tot stand en is ook geen uitstel van betaling verleend. Kortom, er is geen koop en geen krediet.

De eerste zienswijze sluit aan bij de keuze van de Hoge Raad om beide regelingen op eenzelfde voetstuk te plaatsen, waarbij artikel 7A:1576 lid 2 BW als een consumentenbeschermende bepaling wordt opgevat. Ook Hijma onder-

schrijft deze zienswijze. Hij merkt op dat de tekst van lid 2 weliswaar ongeldigheid suggereert ("niet zozeer in de zin van nietigheid, als wel in die van niet-totstandkoming"), maar dat de bepaling ook is op te vatten als een nietighedenregel, die in het licht van artikel 3:40 lid 2 BW (bescherming van één der partijen) in vernietigbaarheid uitmondt.<sup>21</sup> Tegen deze zienswijze pleiten de tekst en geschiedenis van de wet, die duiden op een totstandkomingsvereiste ('niet van kracht voortat').<sup>22</sup>

Binnen de tweede zienswijze heeft een onvoldoende prijsbepaling tot gevolg dat er geen koop tot stand komt, dat niets betaald hoeft te worden en dat dus ook geen krediet wordt verleend. Zonder koop of kredietovereenkomst is titel 7.2a BW niet van toepassing. Deze positie is door het drastische gevolg op het eerste oog<sup>23</sup> niet aantrekkelijk, maar wetssystematisch de meest zuivere. Zij doet bovendien recht aan het oordeel in *Mobieltjes II* dat schending van artikel 7A:1576 lid 2 BW krachteloosheid<sup>24</sup> of niet-totstandkoming<sup>25</sup> tot gevolg heeft.

De tweede zienswijze resulteert in het volgende beoordelingsschema voor een consumentenkoop met uitgestelde betaling:

Wordt de koopprijs in twee of meer termijnbetaling na levering voldaan?		
Nee (geen koop op afbetaling) ↓	Ja (koop op afbetaling)	
	Is de te betalen prijs uit artikel 7A:1576 lid 2 BW bepaald?	
	Nee ↓	Ja ↓
Het verleende uitstel van betaling valt onder titel 7.2a BW	Er is geen koop en ook geen krediet tot stand gekomen	Het verleende uitstel van betaling valt onder de regels van koop op afbetaling én titel 7.2a BW.

20 Theoretisch is er een derde mogelijkheid: is de prijs onvoldoende bepaald, dan komt er geen koop op afbetaling tot stand en is de gelijknamige regeling niet van toepassing. Het is een gewone consumentenkoop met uitstel van betaling en titel 7.2a BW is van toepassing op het verleende krediet (net als in het geval dat er slechts één uitgestelde betaling plaatsvindt). Deze positie is praktisch aantrekkelijk omdat het krediet dan enkel onder titel 7.2a BW valt, maar overtuigt niet. De eis van prijsbepaling uit artikel 7A:1576 lid 2 BW heeft immers geen functie meer als schending hiervan resulteert in het terugvallen op de algemene koopregels, waaronder artikel 7:4 BW.

21 NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma, randnr. 11.

22 Zie nader par. 4.1.

23 In par. 4 volgt een uitgebreide bespreking van artikel 7A:1576 lid 2 BW waaruit volgt dat de impact van deze bepaling bij juiste toepassing beperkt is.

24 R.o. 3.11.1.

25 R.o. 3.15.1.



### 3.4 *Mobieltjes II en artikel 7A:1576 lid 2 BW als totstandkomingsvereiste*

De tekst van artikel 7A:1576 lid 2 BW impliceert dat de koop- en de kredietovereenkomst pas tot stand komen als aan deze bepaling is voldaan (de hiervoor genoemde tweede zienswijze). In *Mobieltjes II* worden artikel 7A:1576 lid 2 BW (totstandkoming van de koop op afbetaling) en artikel 7:61 lid 2 onder e BW (eis waar de kredietovereenkomst aan moet voldoen) echter op hetzelfde 'toepassingsniveau' geplaatst, waarbij wordt gestreefd naar "eenzelfde benaderingswijze".<sup>26</sup>

Dit is logisch onmogelijk binnen de tweede zienswijze. Titel 7.2a BW – en de bijbehorende plichten en sancties – zijn immers pas van toepassing als een koop met uitstel van betaling tot stand is gekomen en dus aan artikel 7A:1576 lid 2 BW is voldaan. Pas dan is sprake van samenloop in de zin van artikel 6:215 BW. De tweede zienswijze leidt tot de volgende tegenstrijdigheden in *Mobieltjes II*:

- De opmerking "dat bij een telefoonabonnement inclusief toestel beide regelingen (van koop op afbetaling en van consumentenkrediet) in de praktijk vrijwel steeds naast elkaar van toepassing zullen zijn" impliceert dat juist wél een koop op afbetaling en kredietovereenkomst tot stand is gekomen en dat dus is voldaan aan artikel 7A:1576 lid 2 BW.<sup>27</sup>
- Als niet is voldaan aan artikel 7A:1576 lid 2 BW dan komt er geen kredietovereenkomst tot stand en komt men niet toe aan de toetsing aan titel 7.2a BW. De grond voor consumentenbescherming en 'doeltreffende, evenredige en afschrikkende' sancties<sup>28</sup> ontbreekt dan, tenzij artikel 7A:1576 lid 2 BW richtlijnconform moet worden uitgelegd. Dat dit niet aan de orde is, blijkt uit par. 4.
- Het oordeel dat de aanbieder op grond van de overeenkomst verplicht is om de eigendom van de telefoon te verschaffen, is onverenigbaar met het oordeel dat het toesteldeel niet tot stand is gekomen.<sup>29</sup>

### 3.5 *Een noodzakelijke keuze*

In *Mobieltjes II* zit spanning tussen het rechtsgevolg ex artikel 7A:1576 lid 2 BW en de kwalificatie van het 'all-in' abonnement als kredietovereenkomst onder titel 7.2a BW. Bij toepassing van het arrest moet dit worden gladgestreken en wij zien hiertoe drie opties.

#### 3.5.1 *Optie 1*

De eerste mogelijkheid is om, in afwijking van het in *Mobieltjes II* omschreven rechtsgevolg,<sup>30</sup> te oordelen dat de koper bij schending van artikel 7A:1576 lid 2 BW een recht tot vernietiging heeft op grond van artikel 3:40 lid 2 BW

(eerste zienswijze par. 3.3). In dit geval komt een koop op afbetaling en een kredietovereenkomst tot stand en het rechtsgevolg van schending van artikel 7A:1576 lid 2 BW loopt in de pas met de sanctie op schending van titel 7.2a BW.

Problematisch aan deze interpretatie is – los van de tekst van de wet en het door de Hoge Raad omschreven rechtsgevolg – dat de eis van prijsbepaling uit artikel 7A:1576 lid 2 BW niet enkel de koper beschermt, hetgeen vereist is om vernietigbaarheid aan te nemen op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Denk bijvoorbeeld aan iemand die tot zijn spijt een erstuk heeft verkocht zonder overeenstemming over de termijnbetalingen of een curator die met een beroep op artikel 7A:1576 lid 2 BW stelt dat een door de failliet op afbetaling verkochte zaak nog in de boedel valt.

Vernietiging als sanctie volgt niet uit de wet maar zou kunnen worden gebaseerd op harmonisatie met de richtlijn en titel 7.2a BW. Een aanwijzing hiervoor vormt de constatering in *Mobieltjes II* dat beide regelingen in de praktijk vrijwel steeds naast elkaar van toepassing zijn en dat daarom "eenzelfde benaderingswijze" kan worden gevolgd, waarbij artikel 7A:1576 lid 2 BW als een consumentenbeschermende bepaling wordt opgevat (r.o. 3.11.2).

Onduidelijk bij deze uitleg is evenwel hoe de situatie moet worden beoordeeld als artikel 7A:1576 lid 2 BW wordt geschonden maar de regels van consumentenkrediet niet van toepassing zijn (zacht of zakelijk krediet). In dat geval bestaat voor een richtlijnconforme interpretatie van artikel 7A:1576 lid 2 BW met bijbehorende sancties zeker<sup>31</sup> geen grond.<sup>32</sup> In r.o. 3.11.2 lijkt de Hoge Raad voor 'spontane harmonisatie' te kiezen: de strijd met het artikel wordt bij zacht krediet op dezelfde manier benaderd als bij hard krediet, te weten op de wijze waarop de schending van artikel 7:61 lid 2 onder e BW wordt gesanctioneerd.<sup>33</sup>

#### 3.5.2 *Optie 2*

De tweede mogelijkheid is om uit te gaan van de schending van artikel 7A:1576 lid 2 BW en dit artikel, in lijn met *Mobieltjes II*, als totstandkomingsvereiste te interpreteren. Het gevolg is dat, anders dan in *Mobieltjes II* wordt aangenomen, geen koopovereenkomst en geen kredietovereenkomst tot stand komt.

Deze optie valt af omdat *Mobieltjes II* nu juist redeneert vanuit de gedachte dat de met de koop op afbetaling tot stand gekomen kredietovereenkomst in strijd is met titel 7.2a BW en dat deze schending van consumentenrecht moet worden gesanctioneerd.<sup>34</sup>

<sup>26</sup> R.o. 3.11.2.

<sup>27</sup> R.o. 3.11.2.

<sup>28</sup> R.o. 3.3, r.o. 3.7.1, r.o. 3.8.1, r.o. 3.8.2 en r.o. 3.9. De reparatiemogelijkheden van artikel 6:2 BW, artikel 6:248 BW en artikel 6:212 BW worden afgedaan op grond van het oordeel dat een consumentenbeschermende maatregel is geschonden (r.o. 3.13 en 3.16), maar zonder kredietovereenkomst is dat niet het geval.

<sup>29</sup> R.o. 3.16.

<sup>30</sup> R.o. 3.11.1. en r.o. 3.15.1.

<sup>31</sup> Uit par. 4 blijkt dat ook voor wat betreft hard krediet hiervoor geen grond bestaat.

<sup>32</sup> Zie ook conclusie *Mobieltjes II*, randnr. 5.25 en NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma, randnr. 7.

<sup>33</sup> Vgl. M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (oratie UvA), Den Haag: BJu 2006.

<sup>34</sup> Zie par. 3.4 en voetnoot 28 aldaar.

### 3.5.3 Optie 3

De derde mogelijkheid is om, in afwijking van *Mobieltjes II*, te oordelen dat een 'all-in' prijs voldoet aan artikel 7A:1576 lid 2 BW. Deze optie heeft tot gevolg dat het toesteldeel inderdaad als een overeenkomst van koop op afbetaling en een kredietovereenkomst in de zin van titel 7.2a BW kan worden gekwalificeerd. Beide regelingen zijn dan naast elkaar van toepassing (artikel 6:215 BW). Bij consumentenkrediet krijgt titel 7.2a BW de hoofdrol. Is titel 7.2a BW niet van toepassing (zacht of zakelijk krediet) dan wordt de koper enkel beschermd door de regeling van koop op afbetaling (artikel 7A:1576a-7A:1576x BW).

## 4. De 'all-in' prijs en artikel 7A:1576 lid 2 BW

In deze paragraaf wordt op grond van de historie van artikel 7A:1576 lid 2 BW betoogd dat de Hoge Raad artikel 7A:1576 lid 2 onjuist uitlegt en dat een 'all-in' prijs wel aan deze bepaling voldoet (optie 3 in par. 3.5.3). Wij bespreken eerst de regeling van koop op afbetaling zoals die in 1936 is ingevoerd in het oude BW (par. 4.1) en vervolgens de invoering van artikel 7A:1576 lid 2 BW als onderdeel van het nieuw BW (par. 4.2). Zoals in de inleiding aangekondigd, blijft de op 1 januari 2017 ingevoerde nieuwe regeling van goedrenkrediet onbesproken.

### 4.1 De regeling van koop op afbetaling onder het oud BW

Bij koop op afbetaling zal de verkoper voorwaarden bedingen die borgen dat het krediet wordt terugbetaald als de koper met betaling in gebreke blijft, zoals een eigendomsvoorbehoud, boetes en een vervalbeding.

"De nadruk komt hier te liggen op, wat men zou kunnen noemen, het crediet in obligatoiren vorm: de credietgever zoekt zijn waarborg in een concentratie van bedingen, welke zijn risico zoveel mogelijk beperken."<sup>35</sup>

De in 1936 ingevoerde regeling van koop op afbetaling beschermt elke koper die in termijnen betaalt tegen dergelijke bedingen. Deze dwingendrechtelijke bescherming (artikel 7A:1576a BW) wordt onder meer geboden met voorschriften voor de gevolgen van wanbetaling (artikel 7A:1576b-7A:1576d BW), grenzen aan zekerheidsstellingen (artikel 7A:1576f en 7A:1576g BW) en bepalingen over het eigendomsvoorbehoud (artikel 7A:1576h e.v. BW). Hanteert verkoper bedingen die in strijd zijn met de regeling, dan leidt dat niet tot nietigheid van de overeenkomst maar van het desbetreffende beding.<sup>36</sup>

Het eerste artikel (artikel 7A:1576 BW) stelt het toepassingsbereik van de regeling vast met een definitie van koop op afbetaling. Bij de invoering van dit artikel ontbrak het huidige artikel 7A:1576 lid 2 BW. Artikel 1501 (oud) BW vereiste destijds voor de totstandkoming van elke koopover-

eenkomst dat de koopprijs was bepaald ("De koopprijs moet door de partijen bepaald worden"). Dit prijsbepalingsvereiste werd zeer ruim uitgelegd:

"Wel kan de bepaling van den koopprijs van toekomstige omstandigheden b.v. een lateren marktprijs of de bepaling door een derde, bij het koopcontract aangewezen, afhankelijk worden gesteld en dus op het oogenblik der sluiting van het koopcontract aan de partijen onbekend zijn, maar in elk geval moet de prijsbepaling onafhankelijk van den wil van een der partijen gesteld zijn. Is aan dezen eisch der wet niet voldaan, dan bestaat geen rechtsgeldig koopcontract."<sup>37</sup>

Onder het oude recht was expliciete bepaling van de koopprijs van de gekochte zaak dus niet vereist voor de totstandkoming van een rechtsgeldige koopovereenkomst. Voldoende was dat de betalingsverplichting van de koper kon worden vastgesteld op grond van objectieve gegevens die aan de willekeur van partijen zijn onttrokken.<sup>38</sup> Voor de geldigheid van koop op afbetaling golden geen nadere prijsbepalingsvoorschriften en het was dus niet nodig om de contante prijs van de zaak te bepalen.<sup>39</sup>

Betreft een koop een *koop op afbetaling* in de zin van artikel 7A:1576 BW, dan wordt de koper beschermd door artikel 7A:1576a-7A:1576x BW. De regeling maakt hierbij onderscheid tussen de gewone koop op afbetaling en de huurkoop:

- Gewone koop op afbetaling is vormvrij en kan dus mondeling tot stand komen.<sup>40</sup> Blijft de koper in gebreke met betaling, dan kan de verkoper daar slechts gevolgen aan verbinden als deze schriftelijk zijn overeengekomen (artikel 7A:1576b BW). Bovendien stelt de regeling grenzen aan deze gevolgen (artikel 7A:1576b-7A:1576g BW).
- Kenmerkend aan huurkoop is het eigendomsvoorbehoud (artikel 7A:1576h BW). Dit eigendomsvoorbehoud is slechts geldig als aan bepaalde voorschriften wordt voldaan, waaronder de eis van een akte die de koopprijs vermeldt (artikel 7A:1576j BW). De regeling stelt bovendien grenzen aan de effectuering van het eigendomsvoorbehoud. Zo mag de verkoper na het terugnemen van de zaak niet in een betere vermogenspositie geraken dan bij het in stand blijven van de overeenkomst (artikel 7A:1576t BW).

35 Kamerstukken II 1933, 431, 3 (MvT), Inleiding.

36 Kamerstukken II 1933, 431, 3 (MvT), toelichting artikel 7A:1576a.

37 HR 21 januari 1898, geciteerd uit: mr. W.C.I.J. Cremers, *Aantekeningen op de Nederlandsche Wetboeken*, Gebr. Belinfante 1910, nr. 1507.

38 G.H.A. Schut, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Deel 5 - Bijzondere overeenkomsten. Deel I - Koop en Ruil*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 101-102.

39 Vergelijk *Kamerstukken II* 1933, 431, 3 (MvT), toelichting artikel 7A:1576c: "In afbetalingsovereenkomsten wordt nu eens het geheele door den koper te betalen bedrag in één som uitgedrukt, dan weer wordt dit bedrag gesplitst in koopprijs, rente, incassokosten, informatiekosten, enz."

40 Kamerstukken II 1933, 431, 3 (MvT), toelichting artikel 7A:1576b.

Deze gelaagde structuur is begrijpelijk vanuit de met de regeling beoogde bescherming. Elke koper die in gebreke blijft met de termijnbetalingen wordt beschermd tegen boetes (artikel 7A:1576b BW), opeising (artikel 7A:1576c BW) en uitwinning van zekerheden (artikel 7A:1576g en 7A:1576f BW). Meer bescherming is bij gewone koop op afbetaling ook niet nodig omdat de koper de zaak in eigendom heeft verkregen en verkoper daarom het incassorisico ten aanzien van de prijs en de bijbehorende bewijslast draagt. In dat kader is vooral artikel 7A:1576c BW van belang, dat onder meer schriftelijke vermelding van de 'koop prijs'<sup>41</sup> vereist voor opeising van nog niet vervallen termijnbetalingen als straf op wanbetaling. Is niet voldaan aan artikel 7A:1576c BW, dan is het beding van vervroegde opeisbaarheid nietig, maar niet de koop.<sup>42</sup>

Bij huurkoop is de risicoverdeling omgekeerd omdat verkoper de zaak in eigendom houdt. Blijft de koper met betaling in gebreke dan vordert de verkoper de zaak terug. Aangenomen dat de koper meer heeft betaald dan dat de zaak in waarde is gedaald, plaatst dat de koper voor de uitdaging om het meerdere terug te krijgen (met bijbehorende bewijslast). Dit is de reden dat, ter bescherming van koper, voor huurkoop aanvullende voorschriften gelden waaronder de eis van een akte met uitdrukkelijke vermelding van de in artikel 7A:1576c BW bedoelde koop prijs (artikel 7A:1576j BW). Ontbreekt deze akte dan is het eigendomsvoorbehoud nietig en vormt de koop een gewone koop op afbetaling met bijbehorende voor de koper gunstige risico- en bewijslastverdeling.

#### 4.2 Invoering van artikel 7A:1576 lid 2 BW

Bij de invoering van het Nieuw BW is de regeling van koop op afbetaling "*materieel ongewijzigd gelaten*"<sup>43</sup> en slechts aangepast aan het nieuwe kooprecht voor zover dat "*uit juridisch-technisch oogpunt strikt noodzakelijk moet worden geacht*".<sup>44</sup> Een van deze noodzakelijke aanpassingen was de invoering van artikel 7A:1576 lid 2 BW, omdat artikel 1501 (oud) BW werd vervangen door artikel 7:4 BW (de koper is een 'redelijke prijs' verschuldigd als geen prijs is bepaald).

Artikel 7:4 BW zou tot gevolg hebben dat partijen een koopovereenkomst met betaling in termijnen kunnen overeenkomen zonder zich te bekommeren over de door de koper te betalen prijs. Deze mogelijkheid van eigendoms-overdracht zonder duidelijkheid over de betalingsverplichting

van koper is vanuit het perspectief van rechtszekerheid onwenselijk.<sup>45</sup> In het voorontwerp staat:

"Zodanig voorschrijf [artikel 7:4 BW, toev. auteurs] past niet in een regeling van de koop op afbetaling, waar juist de vaststelling van de betalingstermijnen, niet alleen wat aantal doch mede wat omvang betreft, essentieel is."<sup>46</sup>

A-G Wissink stelt in zijn conclusie voor *Mobieltjes I* dat artikel 7A:1576 lid 2 BW een ruimere strekking lijkt te hebben dan enkel artikel 7:4 BW uit te schakelen.<sup>47</sup> Deze opmerking is terecht. Uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat artikel 7A:1576 lid 2 BW tot doel heeft om voor koop op afbetaling: i) artikel 7:4 BW uit te schakelen; én ii) de eis van prijsbepaling te behouden zoals die gold onder artikel 1501 (oud) BW. Dit blijkt niet alleen uit de wetsgeschiedenis, maar ook uit de tekst van de artikelen:

- Artikel 1501 (oud) BW (koop oud): "De koop prijs moet door de partijen bepaald worden".
- Artikel 7:4 BW (koop nieuw): "Wanneer de koop is gesloten zonder dat de prijs is bepaald, is de koper een redelijke prijs verschuldigd".
- Artikel 7A:1576 lid 2 BW (koop op afbetaling): "De overeenkomst is niet van kracht voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald".

Artikel 1501 (oud) BW vereiste niet dat de koop prijs *expliciet* was bepaald, maar dat de betalingsverplichting van de koper op grond van de overeenkomst kon worden vastgesteld. Dat voor artikel 7A:1576 lid 2 BW hetzelfde geldt, volgt uit de totstandkoming van dit artikel maar ook uit het feit dat het artikel bepaling van de 'door koper te betalen prijs' vereist en niet de 'koop prijs'. Zoals ook in het voorontwerp is overwogen, behoort overeenstemming over de omvang en frequentie van de termijnbetalingen tot de essentialia van de overeenkomst van koop op afbetaling.<sup>48</sup> Door de invoering van artikel 7:4 BW was het noodzakelijk om dit expliciet op te nemen. Meer mag er niet in artikel 7A:1576 lid 2 BW worden gelezen.

Uit niets volgt dat het artikel 7A:1576 lid 2 BW vergt dat de koop prijs van de zaak bepaald moet zijn ter bescherming van het belang van koper. Was een dergelijk ingrijpende wijziging in de structuur van de regeling beoogd, dan zou de toelichting niet spreken over een "*uit juridisch-technisch oogpunt strikt noodzakelijke*" wijziging. Dan zou bijvoorbeeld antwoord zijn gegeven op de vraag wat onder die 'koop prijs van de zaak' moet worden begrepen (moeten de kosten voor levering, bewerking, installatie, krediet, onderhoud, opslag, garanties, etc., apart worden gespecificeerd?)

41 Artikel 7:1576c BW definieert de 'koop prijs' als "de som van alle betalingen, waartoe de koper bij regelmatige nakoming van de overeenkomst gehouden is". Deze koop prijs omvat dus tevens alle bijkomende (rente) kosten en is iets anders dan normaal onder koop prijs wordt verstaan.

42 *Verslag van de commissie inzake wettelijke regeling van de afbetalingsovereenkomst*, Algemeene Landsdrukkerij 1932, p. 27/28: "Voorschriften, waarbij geschrift als geldigheidsvereishte voor verschillende gebruikelijke bedingen wordt gesteld, kunnen mede dienstbaar worden gemaakt om te komen tot een duidelijke en onomwonden vermelding van den totalen prijs."

43 *Kamerstukken II* 1981, 16979, 3 (MvT), p. 5.

44 *Kamerstukken II* 1981, 16979, 3 (MvT), p. 65.

45 Onder meer door de mogelijkheid van belastingontduiking en faillissementsfraude.

46 Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting, vierde gedeelte (boek 7), 1972, p. 863-864.

47 Randnr. 3.8.2.

48 Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting, vierde gedeelte (boek 7), 1972, p. 863-864.



en hoe dit vereiste moet worden uitgelegd bij de aanschaf van verschillende zaken in één koop. Verder zou zijn verduidelijkt hoe dit vereiste zich verhoudt tot de definitie van 'koop prijs' in artikel 7A:1576c BW en de omstandigheid dat bepaling van de daar bedoelde koop prijs enkel noodzakelijk is voor de geldigheid van het opeisingsbeding (schriftelijk, artikel 7A:1576c BW) en het eigendomsvoorbehoud (akte, artikel 7A:1576j BW). Bovendien zou het vereiste dan niet in het algemene artikel 7A:1576 BW zijn opgenomen waarin het toepassingsbereik van de regeling wordt vastgesteld, maar in een van de artikelen 7A:1576a-7A:1576x BW die de koper beschermen.

#### 4.3 *Mobieltjes II en artikel 7A:1576 lid 2 BW*

Artikel 1501 (oud) BW vereiste voor de totstandkoming van een koop dat de betalingsverplichting van de koper kon worden vastgesteld op grond van objectieve gegevens die aan de willekeur van partijen zijn onttrokken (par. 4.1). Dat is bij een 'all-in' abonnement zonder meer het geval. De door koper voor de telefoon en de maandbundels te betalen prijs is immers duidelijk overeengekomen. Een splitsing<sup>49</sup> van deze 'all-in' prijs in een bel- en toesteldeel zou op grond van artikel 1501 (oud) BW niet nodig zijn geweest voor de geldigheid van de koop van de telefoon.

Uit par. 4.2 volgt dat artikel 7A:1576 lid 2 BW is ingevoerd om voor koop op afbetaling de eis van artikel 1501 (oud) BW te behouden in plaats van het nieuwe artikel 7:4 BW. Op grond van de wet en haar totstandkoming moet daarom worden geconcludeerd dat een 'all-in' prijs voldoet aan artikel 7A:1576 lid 2 BW. In de *Mobieltjes*-arresten wordt anders geoordeeld.

In *Mobieltjes I* zagen de prejudiciële vragen enkel op de kwalificatie van het 'all-in' abonnement en niet op artikel 7A:1576 lid 2 BW. Desondanks merkte A-G Wissink op dat een 'all-in' prijs wat hem betreft voldoet aan artikel 7A:1576 lid 2 BW.<sup>50</sup> In *Mobieltjes I* wordt zonder onderbouwing anders overwogen:

"Dat laatste geldt ook voor zover een telefoonabonnement inclusief toestel ingevolge art. 7A:1576 lid 2 BW niet van kracht is geworden omdat de door de consument te betalen koop prijs voor de mobiele telefoon niet in de overeenkomst is bepaald."<sup>51</sup>

In de conclusie bij *Mobieltjes II* constateert A-G Wissink dat de Hoge Raad kennelijk van mening is dat een 'all-in' prijs niet aan artikel 7A:1576 lid 2 BW voldoet.<sup>52</sup> In *Mobieltjes II* wordt dit bevestigd. De Hoge Raad lijkt van oordeel dat ar-

tikel 7A:1576 lid 2 BW op bescherming van de consument ziet<sup>53</sup> en overweegt als volgt over de vereiste prijsbepaling:

"Bij koop op afbetaling moet derhalve, ter bescherming van het belang van de koper, duidelijk zijn wat de koop prijs van de door hem gekochte zaak is, en daarmee wat de omvang is van de door hem verschuldigde termijnen voor zover die daarop betrekking hebben. Die prijs moet in de overeenkomst afzonderlijk zijn bepaald. Nu uit een all-in prijs waarin (zonder specificatie) ook de abonnementskosten en eventuele rentekosten zijn verwerkt, niet valt af te leiden wat de prijs is van de mobiele telefoon, is daarmee (zoals ook al volgt uit rov. 3.6 van het arrest *Lindorff/Statia*) niet voldaan aan art. 7A:1576 lid 2 BW."<sup>54</sup>

Deze uitleg van artikel 7A:1576 lid 2 BW vindt geen steun in het recht (zie par. 4.2). Artikel 7A:1576 lid 2 BW ziet niet specifiek op bescherming van het belang van de koper,<sup>55</sup> de prijs van de zaak, of specificatie van rentekosten. Op grond van de wet en haar totstandkoming is geen andere conclusie mogelijk dan dat artikel 7A:1576 lid 2 BW enkel vereist dat de betalingsverplichting van de koper uit de overeenkomst volgt. Het betreft een algemeen totstandkomingsvereiste in het belang van de rechtszekerheid waarmee wordt voorkomen dat koper – als geen prijs is overeengekomen – gehouden is om een 'redelijke prijs' in termijnen te betalen. Een 'all-in' prijs voldoet aan dit vereiste.

Dit doet niets af aan de met koop op afbetaling en consumentenkrediet beoogde bescherming van kredietnemers. Integendeel: beide regelingen komen volledig tot hun recht bij juiste toepassing van artikel 7A:1576 lid 2 BW. Zonder overeenstemming over de betalingsverplichting van de koper is er nog geen koop (artikel 7A:1576 lid 2 BW). Komt een koop met betaling in termijnen tot stand, dan beschermt de regeling van koop op afbetaling elke koper tegen onredelijke bedingen. Bij een consumentenkoop wordt de uitgestelde betaling tevens als kredietovereenkomst in de zin van titel 7.2a BW aangemerkt en krijgt de consument aanvullende bescherming op grond van die titel.

De – naar het lijkt – richtlijnconforme uitleg die in *Mobieltjes II* wordt gegeven aan artikel 7A:1576 lid 2 BW doorkruist deze door de wetgever beoogde systematiek en geschiedt naar wij menen *contra legem*.<sup>56</sup> Indien de Hoge Raad deze uitleg bewust heeft gekozen – bijvoorbeeld op grond van 'spontane harmonisatie' met de richtlijn – dan is daarvoor een

49 Een dergelijke splitsing is overigens slechts effectief als de producten ook los voor de gespecificeerde prijs verkrijgbaar zijn (zoals tegenwoordig bij abonnementen met telefoon het geval is). Bij een *all-inclusive* reis bijvoorbeeld is enkel de totaalprijs objectief bepaalbaar, een specificatie van de prijs van de vlucht, het hotel, het avondbuffet, excursies, etc. is betrekkelijk willekeurig als het arrangement uitsluitend 'all-in' wordt aangeboden.

50 Conclusie *Mobieltjes I*, randnr. 3.8.3 en 4.57.

51 *Mobieltjes I*, r.o. 3.6.

52 Conclusie *Mobieltjes II*, randnr. 4.4, 4.11 en 4.13.

53 *Mobieltjes II*, r.o. 3.16.

54 *Mobieltjes II*, r.o. 3.5.

55 Net zomin als artikel 7:4 BW specifiek is ingevoerd ter bescherming van het belang van verkoper.

56 De plicht tot richtlijnconforme interpretatie mag niet neerkomen op een uitleg in strijd met de wet. J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 48 e.v. Recent o.m. HvJ EU 13 juli 2016, C-187/15, r.o. 44 (*Pöpperl*); HvJ EU 4 oktober 2018, C-384/17, r.o. 59-60 (*Dooel Uvoz-Izvoz*).

nadere motivatie vereist. Nu zowel een motivatie als rechtvaardiging ontbreekt,<sup>57</sup> moet worden uitgegaan van de wet.

#### 4.4 Onwenselijke spill over

Dat *Mobieltjes II* een onjuiste uitleg geeft aan artikel 7A:1576 lid 2 BW, blijkt ook uit de ongerijmde gevolgen van die uitleg.<sup>58</sup> A-G Wissink signaleert dat het 'all-in' abonnement geen unieke constructie is en noemt vervolgens vergelijkbare verschijningsvormen zoals een krantenabonnement met tablet.<sup>59</sup> Koop op afbetaling strekt echter verder dan de consumentenkoop en de uitleg van de Hoge Raad zou, toegepast op verschillende in de praktijk gangbare bedrijfsstransacties, betekenen dat deze 'niet van kracht' zijn. Een aantal willekeurige voorbeelden zijn:

- De koop op afbetaling van een onderhoudsintensieve machine of bijvoorbeeld software licentie tegen één totaalprijs waarmee tevens voor langdurig respectievelijk periodiek onderhoud wordt betaald.
- De verbouwing van een bedrijfskantine (inclusief nieuwe keuken, meubilair, etc.) voor een vaste aanneemsom met betaling in termijnen na oplevering.
- De levering van een machine om niet mits wordt overeengekomen dat bepaalde grondstoffen gedurende 5 jaar exclusief bij leverancier worden ingekocht.
- De koop op afbetaling van een bestelbus en aanhanger voor één totaalprijs.

Bij deze voorbeelden is de prijs van elke zaak net zo (on)duidelijk bepaald als de prijs van een telefoon bij een 'all-in' abonnement. Toepassing van de uitleg die *Mobieltjes II* aan artikel 7A:1576 lid 2 BW geeft, zou ertoe leiden dat al deze transacties 'niet van kracht' zijn. Dit heeft grote – en onaantoonbare – consequenties voor het rechtsverkeer.

### 5. Afwikkeling van met artikel 7:61 lid 2 BW strijdige 'all-in' abonnementen

#### 5.1 De huidige verwarring

*Mobieltjes II* heeft grote gevolgen voor de praktijk. In de eerste plaats kan van debiteuren met een 'all-in' abonnement geen betaling voor de telefoon meer worden gevorderd.<sup>60</sup> Ingrijpend is dat klanten die de overeengekomen prijs hebben betaald en daarvoor de overeengekomen producten geleverd hebben gekregen, achteraf kunnen betogen dat zij onverschuldigd voor de telefoon hebben betaald. Beide partijen hebben uitvoering gegeven aan hun verplichtingen maar als niet exact is bepaald welk deel van het betaalde

bedrag op de telefoon zag, kan de klant met een 'telefoonclaim' de nieuwwaarde terugvorderen.

De gesignaleerde spanning in *Mobieltjes II* speelt een cruciale rol bij toewijzing van deze telefoonclaims. De Rechtbank Amsterdam overweegt bijvoorbeeld:

"Het gevolg hiervan [dat enkel een 'all-in' prijs is vermeld, toev. auteurs] is dat de overeenkomst voor zover die ziet op het toesteldeel niet van kracht is geworden op grond van artikel 7A:1576 lid 2 BW, hetgeen in ieder geval tot gevolg heeft dat [eiser] een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling heeft op Tele2. Naar het oordeel van de kantonrechter is dit een doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige sanctie op het niet voldoen aan de consumentbeschermende informatieverplichtingen, welke tot doel hebben de consument te beschermen, met name tegen overkreditering."<sup>61</sup>

De grondslag in deze motivatie is dat het toesteldeel niet van kracht is geworden op grond van schending van artikel 7A:1576 lid 2 BW. De gevolgen zijn gebaseerd op een gelijk-schakeling van artikel 7A:1576 lid 2 BW met titel 7.2a BW en de bijbehorende consumentenbeschermings- en sanctioneringsgedachte.<sup>62</sup> Zoals toegelicht in par. 3.4 sluit het aangenomen rechtsgevolg (nietigheid *ab initio*) toepasselijkheid van titel 7.2a BW uit. Daar komt bij dat in dit geval werd vastgesteld dat het krediet rente- en kosteloos was en dat titel 7.2a BW daarom hoe dan ook niet van toepassing was geweest (artikel 7:58 lid 2 onder e BW).<sup>63</sup> De legitimatie wordt dus gezocht in schending van een Europeesrechtelijke regeling die niet van toepassing is. Daarbij wordt de verjaringstermijn die van toepassing zou zijn als de concrete norm uit artikel 7:61 lid 2 BW was geschonden (drie jaar, artikel 3:52 lid 1 onder d BW<sup>64</sup>) opgerekt tot 5 jaar na de laatste betaling (artikel 3:309 BW). Dat kan niet juist zijn.

#### 5.2 Hard en zacht krediet

Het volgens ons correcte uitgangspunt is dat een 'all-in' consumentenabonnement aan artikel 7A:1576 lid 2 BW voldoet en dat het krediet voor de telefoon onder de regels van zowel koop op afbetaling als titel 7.2a BW valt. Bij de beoordeling dient onderscheid te worden gemaakt tussen 'zacht' en 'hard' krediet.

##### 5.2.1 Bepaling van de kredietkosten

De kredietkosten kunnen worden bepaald door de totale kredietssom (vermeerderd met een eventuele aanbetaling)

<sup>57</sup> Het doel van spontane harmonisatie is om inconsistenties op te lossen, de in *Mobieltjes II* gegeven interpretatie van artikel 7A:1576 lid 2 BW voegt juist inconsistenties toe, omdat bijvoorbeeld onduidelijk is wat voor zake-lijk en zacht krediet te gelden heeft.

<sup>58</sup> Dat het arrest impact heeft op andersoortige overeenkomsten blijkt o.m. uit een uitspraak over de levering en installatie van een alarminstallatie. Rb. Rotterdam 25 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9097, m.nt. L. Kremers, *TvC* 2018-1.

<sup>59</sup> Conclusie *Mobieltjes I*, randnr. 4.2.

<sup>60</sup> Zie ook Ambtshalve Toetsing III, Herzien rapport van de redactieraad van het LOVCK&T, mei 2018.

<sup>61</sup> Rb. Amsterdam 25 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3613, r.o. 10.

<sup>62</sup> Zie ook r.o. 15: "Een verbruiksvergoeding, zelfs op grond van artikel 6:278 BW, zou bovendien naar het oordeel van de kantonrechter in strijd zijn met de effectieve bescherming van de consument die door de artikelen 7:61 BW en 7A:1576 BW wordt geboden en bovendien afbreuk doen aan het vereiste dat de sanctie doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn."

<sup>63</sup> Rb. Amsterdam 25 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3613, r.o. 8. In deze uitspraak is sprake van de niet nader toegelichte spontane harmonisatie genoemd bij optie 1 in par. 3.5.1.

<sup>64</sup> In incassozaken is artikel 3:51 lid 3 BW van toepassing.

te vergelijken met de losse verkoopprijs van de telefoon. Een voorbeeld ter illustratie:

- 24 maanden onbeperkt bel- en datageod en een iPhone tegen betaling van 24 maandtermijnen van € 45 ('all-in').
- Onbeperkt bel- en datageod is als sim-only verkrijgbaar voor € 20 per maand.
- De iPhone heeft ten tijde van het aangaan van de overeenkomst een verkoopwaarde van € 552.

In het Rapport Ambtshalve toetsing III wordt in navolging van Rechtbank Den Haag geoordeeld dat de totale kredietssom gelijk is aan de geldende verkoopwaarde van het telefoontoestel ten tijde van het aangaan van de overeenkomst (in dit voorbeeld € 552).<sup>65</sup> Dit standpunt gaat voorbij aan het feit dat sprake kan zijn van (verborgen) rente en kosten. Als de totale kredietssom gelijk wordt gesteld aan de losse verkoopprijs dan zijn er immers geen kredietkosten en is het krediet dus per definitie 'zacht'. Het gevolg is dat titel 7.2a BW niet van toepassing is op het krediet. Omdat deze regeling de consument beoogt te beschermen tegen ondoorzichtige kosten en rente, staat dit oordeel op gespannen voet met het effectiviteitsbeginsel.

Rechtbank Amsterdam<sup>66</sup> stelt de kredietssom gelijk aan de meerprijs van het 'all-in' abonnement ten opzichte van het sim-only abonnement (in dit voorbeeld een meerprijs van € 25 per maand). Dit lijkt zonder meer het juiste uitgangspunt. In het voorbeeld is de totale kredietssom € 600 (24 maanden \* € 25) en de klant betaalt dus € 48 aan rente en kosten voor de iPhone die los € 552 kost.

Wij menen dat ook van een 'sim-only vergelijking' moet worden uitgegaan als de prijs van de telefoon wel uitdrukkelijk is bepaald. Stel dat de 'all-in' prijs van € 45 uit het voorbeeld expliciet was gesplitst in 'abonnementskosten' van € 22 per maand en 'toestelkosten' van € 23 per maand. Dan is de voor de telefoon betaalde prijs bepaald (24 maanden \* € 23 is € 552) en is het krediet zogenaamd 'zacht'. De economische realiteit is echter dat de klant het bel- en datageod zonder telefoon had kunnen krijgen voor € 20 per maand in plaats van € 22 per maand. In de abonnementskosten zit € 2 per maand aan toestelkosten verstopt.

### 5.2.2 Zacht krediet

In geval van 'zacht krediet' heeft de consument geen rechten onder de richtlijn en is voor 'telefoonclaims' geen grondslag. Wel wordt de kredietnemer beschermd door de regeling van koop op afbetaling. Voor opeising van het restant van de koopprijs in geval van wanbetaling is bijvoorbeeld

een schriftelijk opeisingsbeding met vermelding van de koopprijs van de telefoon vereist (artikel 7A:1576c BW).<sup>67</sup>

### 5.2.3 Hard krediet

Is het krediet onder een 'all-in' abonnement 'hard', dan is artikel 7:61 lid 2 onder e BW geschonden omdat de contante prijs van het goed niet is vermeld. De bijbehorende sanctie is dat de herroepingstermijn wordt verlengd tot 14 dagen na het tijdstip waarop de informatie alsnog wordt gegeven (artikel 14 richtlijn, opgenomen in artikel 7:66 BW). De constatering in *Mobieltjes II* dat "Titel 7.2A BW (...) zelf geen sanctiebepaling [bevat, tov. auteurs] die de gevolgen van schending van de informatieverplichtingen uit art. 7:61 lid 2 BW regelt",<sup>68</sup> is dus niet juist. De richtlijn maakt echter niet duidelijk of herroepen kan worden zolang de informatie niet is gegeven.<sup>69</sup>

Andere sancties op schendingen van artikel 7:61 lid 2 BW worden aan de lidstaten overgelaten. Randvoorwaarden volgens artikel 23 van de richtlijn zijn dat de sancties doeltreffend, afschrikwekkend en proportioneel zijn.<sup>70</sup>

"Het Hof heeft reeds geoordeeld dat de strengheid van de sancties in verhouding dient te staan tot de ernst van de strafbaar gestelde feiten, met name door te verzekeren dat deze sancties een reële afschrikkende werking hebben, waarbij eveneens het algemene evenredigheidsbeginsel in acht dient te worden genomen (zie arrest van 27 maart 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak)."<sup>71</sup>

### 5.3 Afwikkeling bij schending van artikel 7:61 lid 2 BW

De Hoge Raad sanctioneert schending van artikel 7:61 lid 2 BW in *Mobieltjes II* door het toesteldeel op de voet van artikel 3:40 lid 2 BW te vernietigen (r.o. 3.7.2).

### 5.3.1 Vernietiging

De keuze voor vernietiging is niet vanzelfsprekend. Zij is gebaseerd op een niet nader toegelichte overweging in de parlementaire geschiedenis dat schending van een informatieverplichting tot vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW kan leiden.<sup>72</sup> Bij de keuze voor artikel 3:40 lid 2 BW als sanctie op schendingen van

65 Rapport Ambtshalve toetsing III, par. 4.4.2; Rb. Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8667, r.o. 4.7; Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4938, r.o. 4.11-4.12.

66 Rb. Amsterdam 28 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:8005, r.o. 8; Rb. Amsterdam 25 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3613, r.o. 11.

67 Zie par. 4.1.

68 *Mobieltjes II*, r.o. 3.7.2.

69 MvA, Kamerstukken I 2010/11, 32339, C, p. 13: "Inderdaad begint de bedenktijd van artikel 7:66 in geval niet alle informatie is verstrekt, pas te lopen vanaf de dag dat die informatie alsnog wordt verstrekt. Het ligt niet in de rede dat dit ertoe kan leiden dat het herroepingsrecht wegens het uitblijven van deze informatie na jaren nog kan worden uitgeoefend. Juist is dat de richtlijn op dit punt geen bijzondere voorziening bevat."

70 HvJ EU 27 maart 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190, r.o. 43.

71 HvJ EU 9 november 2016, ECLI:EU:C:2016:842, NJ 2017/404, m.nt. M.B.M. Loos (*Home Credit Slovakia, a.s./Klára Bíróová*), r.o. 63.

72 Kamerstukken II 2010/11, 32339, 3, p. 20 waarin overigens wordt benadrukt "dat de informatieverplichtingen van lid 2 niet gelijkgesteld kunnen worden met het vormvoorschrift van lid 1."

informatieplichten zijn diverse kanttekeningen geplaatst.<sup>73</sup> Deze kritiek ziet vanuit het perspectief van de kredietgever op de evenredigheid (1); en vanuit het perspectief van de consument op de effectiviteit van de sanctie (2).

1. Het HvJ EU acht de sanctie van 'verval van het recht op rente' naar Slovaaks recht slechts gerechtvaardigd en proportioneel indien gegevens zijn weggelaten "*die naar hun aard het vermogen van de consument om te beoordelen waartoe hij zich heeft verbonden ongunstig beïnvloeden*".<sup>74</sup> Hieronder valt informatie over de hoogte van het krediet, rente en kosten (maar niet de naam en het adres van de bevoegde toezichhoudende autoriteit). Bij dergelijke informatie is causaliteit ('het gebrek aan informatie heeft de beslissing om te contracteren beïnvloed') aannemelijk. De bewijslast rust evenwel op de consument. Bij de toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW wordt geen causaal verband vereist tussen de schending van de informatieplicht en de wilsvorming. Systematisch wijkt de koppeling van artikel 3:40 lid 2 BW aan informatieplichten af van de wilsgebreken maar ook van het bij de omzetting van Europese richtlijnen ingevoerde artikel 6:227b lid 4 BW<sup>75</sup> en artikel 6:193j lid 3 BW. Het is gelet op artikel 3:40 lid 3 BW bovendien de vraag of de richtlijn de strekking heeft om een overeenkomst te vernietigen waarin niet aan de informatieplichten is voldaan,<sup>76</sup> omdat de richtlijn zelf bij schending van deze plichten in een uitgestelde herroepings- (lees: ontbindings)termijn van 14 dagen voorziet.<sup>77</sup> Bij de gekozen sanctie wordt voorts afgeweken van artikel 14 lid 3 richtlijn (artikel 7:66 lid 3 BW), dat aan de herroeping de verplichting voor de kredietnemer verbindt dat hij de (debet)rente en kosten betaalt tot aan de herroeping.<sup>78</sup>
2. Vernietiging wordt daarnaast vaak bekritiseerd vanwege een gebrek aan effectiviteit en afschrikwekkende werking omdat de consument het openstaande krediet na vernietiging ineens moet terugbetalen. Het feit dat de consument het krediet heeft afgesloten impliceert dat hij moeite zal hebben om aan deze verplichting te voldoen. Dit gebrek aan effectiviteit ontbreekt in de situatie waarin alle termijnen zijn voldaan en het krediet is afbetaald. In dat geval kan na vernietiging van de kredietovereenkomst worden verrekend met teruggave van de betaalde rente en kosten tot gevolg.

### 5.3.2 Samenhangende overeenkomsten

Opmerkelijk aan de door de Hoge Raad voorgestane afwikkeling is dat de vernietiging van het krediet ook de koop van de mobiele telefoon treft. De arresten splitsen de overeenkomst in twee delen (het bel- en het toesteldeel), maar maken bij het toesteldeel geen onderscheid tussen het krediet en de koop. De in de rechtspraak erkende en wettelijk verankerde leer van de samenhangende overeenkomsten (artikel 7:67 lid 1 BW) vraagt om dit onderscheid. Deze leer is nader uitgewerkt wat betreft de omgekeerde situatie en beperkt zich tot de gevolgen van ontbinding: de ontbinding van de koop of dienst treft de daarmee gelieerde kredietovereenkomst. Dat de ontbinding van de kredietovereenkomst de daarmee gelieerde koop of dienst gelijkelijk treft, is niet gegeven.<sup>79</sup> In de parlementaire geschiedenis wordt ten aanzien van het ontbindingsrecht uit artikel 7:66 BW aangenomen dat de leer van de samenhangende overeenkomsten ook 'de andere kant op werkt'.<sup>80</sup> Over vernietiging rept de wet als gezegd niet.

De toepassing van de leer van de samenhangende overeenkomst heeft verstrekkende gevolgen en maakt onderdeel uit van de sanctie op de geschonden norm (artikel 7:61 lid 1 onder e BW).<sup>81</sup> De geschonden norm ziet op het krediet en niet op de met het krediet gekochte zaak. Het is niet vanzelfsprekend dat de koop het lot van de vernietigde kredietovereenkomst deelt. De sanctie dient te worden getoetst aan de in artikel 23 van de richtlijn neergelegde eisen van effectiviteit, afschrikwekkendheid en evenredigheid.<sup>82</sup> Hierbij moeten naar wij menen twee situaties worden onderscheiden.

1. Als het krediet nog niet is afgelost (incassozaken), dan heeft vernietiging van de kredietovereenkomst tot gevolg dat de koopprijs van het toestel, de rente en kosten ineens moeten worden betaald. Dit zal kredietnemer voor een groot probleem plaatsen en de door de richtlijn beoogde bescherming rechtvaardigt dat in dergelijke gevallen ook de samenhangende koopovereenkomst wordt vernietigd.<sup>83</sup> Of de door de Hoge Raad voorgestelde afwikkeling, die neerkomt op gratis gebruik van het mobieltje, de evenredigheidstoets door-

73 L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten* (diss. Groningen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, nr. 317.

74 HvJ EU 9 november 2016, ECLI:EU:C:2016:842, NJ 2017/404, m.nt. M.B.M. Loos (Home Credit Slovakia, a.s./Klára Biróová), r.o. 72.

75 MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, 3, p. 56.

76 HR 22 januari 1999, NJ 2000/305 (*Uneto/De Vliert*).

77 Zie MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 32339, C, p. 13. Een begrenzing van de verlenging van het herroepingsrecht strekt ertoe de professionele partij zekerheid te verschaffen. Deze zekerheid wordt hem ontnomen als de consument de overeenkomst op bijzonder gunstige voorwaarden mag vernietigen, met als enige beperking de verjaringstermijn.

78 Vgl. M.R. Hebly, 'Naar een transparante markt voor mobiele telefonie?', MvV 2014-10, p. 268-269, die aansluiting bij deze bepaling bepleit.

79 J.W.A. Biemans, 'De consumentenkredietovereenkomst in titel 7.2A BW. Over losse eindjes en rafelige randen', NTBR 2012/46, par. 8.3.

80 Zie *Kamerstukken I* 2010/11, 32339, C, p. 2; en *Kamerstukken I* 2010/11, 32339, E, p. 2-3. De grondslag voor de ontbinding van de met de kredietovereenkomst samenhangende koopovereenkomst is dan ook niet artikel 7:67 BW (artikel 15 richtlijn), maar artikel 7:66 BW (artikel 14 richtlijn).

81 Deze norm ziet op het verstrekte krediet (koopprijs) en niet op de door de consument gewenste zaak en de waardeontwikkeling daarvan.

82 De evenredigheidstoets is tweeledig en betreft zowel de evenredigheid van de sanctie met de ernst van de normschending (het perspectief van de overtreder) als de evenredigheid van de sanctie met het door de geschonden norm nagestreefde doel (het beschermingsperspectief).

83 Bij een geldlening moet na vernietiging ook direct worden terugbetaald en dat zal kredietnemer voor een groot probleem stellen als hij het geld al heeft uitgegeven. Een mogelijkheid tot vernietiging van de aankopen heeft hij niet. Dat kredietnemer in het geval van goederenkrediet extra bescherming verdient door die mogelijkheid wel te bieden, is niet vanzelfsprekend.



staat, is evenwel de vraag.<sup>84</sup> Zij werkt opportunisme in de hand, omdat de kredietnemer na afwikkeling beter af is dan als hij geen krediet had afgesloten. De noodzaak van een afschrikwekkend effect laat zich ook minder voelen omdat het toezicht van de AFM een nieuw incasso-debacle voorkomt. Dat toezicht richt zich juist op dat wat werkelijk mis is gegaan in deze zaak: *onbemiddelde* consumenten een abonnement inluizen met reclame over 'gratis' mobieltjes.

2. Als het krediet al is afgelost (zogenaamde telefoonclaims), dan heeft vernietiging van de kredietovereenkomst – na verrekening van de betaalde koopprijs en de totale krediet som – tot gevolg dat kredietnemer de betaalde rente en kosten terugkrijgt. Vanuit de beginselen van effectiviteit en afschrikwekkendheid valt niet in te zien waarom ook de samenhangende koopovereenkomst zou moeten worden vernietigd. De verwezenlijking van de richtlijndoelstellingen rechtvaardigt niet dat de consument behalve op de voor het krediet betaalde rente en kosten, ook aanspraak maakt op de waardevermindering van de door hem gewenste en met het krediet aangeschafte zaak. Vanuit het Europeesrechtelijk perspectief is de door *Mobieltjes II* voorgestelde afwikkeling in een dergelijke situatie niet passend.

### 5.3.3 Alternatieve sanctie

Eerder werd gerefereerd aan de sanctie van het 'verval van het recht op rente' die in (o.a.) Slowakije en Frankrijk staat op schendingen van informatieverplichtingen uit de richtlijn. Overwogen kan worden om ook naar Nederlands recht voor deze sanctie te kiezen.<sup>85</sup> Mogelijke grondslagen hiervoor zijn de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, de partiële ontbinding/vernietiging<sup>86</sup> of de vordering tot schadevergoeding vanwege de schending van een precontractuele informatieverplichting. Idealiter wordt deze sanctie in de wet neergelegd.<sup>87</sup>

Deze sanctie voorkomt dat de consument die het krediet nog niet heeft afbetaald wordt geconfronteerd met een verplichting het geleende bedrag ineens terug te betalen.<sup>88</sup> De consument heeft ongeacht de vorm en status van het krediet de mogelijkheid om zijn maximale nadeel (alle rente en kosten) vergoed te krijgen. Het krediet wordt zo alsnog een 'zacht krediet', waarop titel 7.2a BW niet van toepassing is. De noodzaak van de vernietiging van de samenhangende

koop en een voor de kredietgever/verkoper onevenredige afwikkeling van de 'dubbele' vernietiging is er niet meer.

Het verdienmodel van krediet is gebaseerd op de verschuldigde rente en kosten (hiervoor par. 5.2) en de sanctie is daarom zonder meer doeltreffend. Deze sanctie pakt bovendien in alle gevallen gelijk uit voor consument en kredietgever, ongeacht het toevallige doel waarvoor het krediet is aangegaan (financiering gebruiksgoed/goederenkrediet, dichten van een roodstand/geldkrediet of aanschaf van effecten).<sup>89</sup>

## 6. Conclusie

In de *Mobieltjes*-arresten oordeelt de Hoge Raad dat een 'all-in' prijs niet voldoet aan artikel 7:61 lid 2 BW en dat het toesteldeel daarom kan worden vernietigd. Tegelijkertijd oordeelt de Hoge Raad dat een 'all-in' prijs niet voldoet aan artikel 7A:1576 lid 2 BW en dat het toesteldeel daarom niet tot stand is gekomen. Een niet bestaande overeenkomst kan onmogelijk worden aangemerkt als een kredietovereenkomst onder titel 7.2a BW en letterlijke toepassing van *Mobieltjes II* is daarom onmogelijk. Indien wordt aangenomen dat een 'all-in' prijs niet voldoet aan artikel 7A:1576 lid 2 BW, is *Mobieltjes II* slechts toepasbaar als schending met vernietigbaarheid wordt gesanctioneerd. Onduidelijk is wat deze interpretatie betekent voor zacht en zakelijk krediet.

Wij betogen dat de geconstateerde spanning het gevolg is van een onjuiste lezing van artikel 7A:1576 lid 2 BW. De interpretatie van de Hoge Raad vindt geen steun in het recht en is zonder toelichting onbegrijpelijk. Uit de wet en haar totstandkoming volgt duidelijk dat artikel 7A:1576 lid 2 BW niet op de koopprijs van de zaak maar op de betalingsverplichting van koper ziet. Anders dan bij gewone koop (artikel 7:4 BW) is voor de totstandkoming van een koop met betaling in termijnen vereist dat de door koper te betalen prijs kan worden vastgesteld op grond van objectieve gegevens die aan de willekeur van partijen zijn onttrokken. Een 'all-in' prijs voldoet zonder meer aan dit vereiste. Bij een juiste lezing van artikel 7A:1576 lid 2 BW is van spanning geen sprake. Elke koper die een prijs in termijnen betaalt wordt onder de regeling van koop op afbetaling beschermd tegen boetes, opeising, zekerheidstelling en een eigendomsvoorbehoud. Is de koper consument en worden rente of kosten gerekend, dan moet de kredietovereenkomst tevens voldoen aan titel 7.2a BW.

Een 'all-in' abonnement met kredietkosten schendt de informatieverplichtingen uit artikel 7:61 lid 2 BW. Wij plaatsen in dit opzicht vraagtekens bij de door de Hoge Raad opgelegde sanctie: de vernietiging van zowel het krediet als de samenhangende koop en bijbehorende afwikkeling. De geschonden norm ziet op het krediet en niet op de met het krediet gekochte zaak. Het is niet vanzelfsprekend dat

<sup>84</sup> Zie C.M.D.S. Pavillon, 'Materieelrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de tweede gratis-mobieltjes-uitspraak van de Hoge Raad', *TvC* 2016-5, p. 238: vanaf het moment dat de consument in verzuim is met de betaling van de abonnementstermijnen, moet hij rekening houden met de ontbinding van de overeenkomst. Op hem rust dan al een zorgplicht ex artikel 6:273 BW. De tekortkoming in de nakoming van de restitutieverplichting ex artikel 6:203 lid 1 BW, kan hem daarom wél worden toegerekend (artikel 6:204 lid 1 BW).

<sup>85</sup> Zo ook Loos in zijn *NJ-noot* bij *Home Credit Slovakia, a.s./Klára Bíróová*.

<sup>86</sup> Vgl. A.C.M. Van Schaick, 'Partiële vernietigbaarheid', *NTBR* 2018/27.

<sup>87</sup> Artikel 7:72 lid 4 BW bepaalt bijvoorbeeld al dat bemiddelingskosten niet verschuldigd zijn als deze niet zijn gecommuniceerd.

<sup>88</sup> Vgl. Rb. Amsterdam 13 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5384, r.o. 17-19.

<sup>89</sup> Artikel 7:67 lid 4 BW sluit effectenkredieten immers uit van de leer der samenhangende overeenkomsten.



de koop het lot van de vernietigde kredietovereenkomst deelt. Zeker als het krediet inmiddels is afgelost (zoals bij telefoonclaims) is er geen reden om bij vernietiging van het krediet tevens de met het krediet gefinancierde koop te vernietigen. Het valt niet in te zien waarom de kredietnemer naast de kredietkosten, tevens de nieuwwaarde van de met het krediet aangeschafte telefoon terug moet krijgen. Wij bepleiten dat de kredietgever (enkel) het recht op rente wordt ontzegd waarmee het krediet alsnog 'zacht' wordt.

Dat iedereen die een 'all-in' abonnement had nu recht heeft op teruggave van de nieuwprijs van zijn telefoon, berust wat ons betreft op een juridische fabel.